

AGCM

Consultazione on line. Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro

Audizione presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture del 29 settembre 2011

Tipizzazione delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara e determinazione dell'offerta migliore, di cui agli artt. 46, 64 e 81 del d.lgs. 163/2006 (Codice dei Contratti Pubblici) come modificati dall'art. 4, comma 2, del "Decreto Sviluppo"

Con riferimento alla consultazione promossa dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (in seguito AVCP) con nota del 12 settembre 2011 relativamente alla tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare d'appalto e alla nuova disciplina sulla determinazione della migliore offerta, di cui agli artt. 46, 64 e 81 del d.lgs. 163/2006 (Codice dei Contratti Pubblici, in seguito CCP), modificati dall'art. 4, comma 2, del D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, recante "Semestre Europeo - prime disposizioni urgenti per l'economia" (Decreto Sviluppo), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito Autorità), nella sua seduta del 28 settembre 2011, ha inteso svolgere le seguenti considerazioni ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90.

L'esperienza dell'Autorità¹ ha dimostrato che, benché le aggregazioni d'impresie siano ispirate da una ratio pro-concorrenziale², in taluni casi concreti, tuttavia, esse possono prestarsi ad un uso distorto quando l'unica finalità perseguita dalle impresie associate è la riduzione ovvero la totale eliminazione del confronto in sede di gara piuttosto che lo sfruttamento delle eventuali sinergie funzionale al possibile miglioramento dell'offerta.

L'Autorità, pertanto, ha sviluppato nel tempo un orientamento consolidato³, consistente nel suggerire alle stazioni appaltanti la possibilità di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione dei raggruppamenti costituiti da due o più impresie che già singolarmente posseggono i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara. Il ricorrere di tale circostanza, infatti, benché non dimostri di per sé l'esistenza di un'intesa vietata dalla normativa antitrust⁴, rappresenta, tuttavia, un indizio della possibile volontà collusiva delle impresie partecipanti al raggruppamento. L'inserimento nel bando di una clausola di questo genere, quindi, può senz'altro contribuire a scongiurare i rischi derivanti da possibili comportamenti opportunistici e/o collusivi delle aziende che, in ultima analisi, sono destinati a ripercuotersi sui risultati della procedura di gara.

La tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare introdotta, da ultimo, dal Decreto Sviluppo, è volta a ridurre il potere discrezionale delle stazioni appaltanti, limitando le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici. La novella legislativa, nell'introdurre un nuovo comma 1-bis all'art. 46 del CCP, prevede che le stazioni appaltanti possano escludere i candidati o i concorrenti, oltre che per i motivi tassativamente disciplinati dal CCP, anche "in caso di mancato adempimento di prescrizioni previste [...] da altre disposizioni di legge vigenti".

Tale clausola di salvaguardia consente di non ritenere preclusa la possibilità per le stazioni appaltanti di prevenire ab initio, inserendo apposite clausole nel bando, possibili comportamenti delle imprese in violazione delle norme a tutela della concorrenza suscettibili di minare l'esito stesso della gara.

La possibilità per la stazione appaltante di escludere un raggruppamento che, nel concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere "macroscopicamente" anticoncorrenziale è da ricondursi all'applicazione diretta dell'art.101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (che, al pari dell'art. 2 della legge n. 287/1990) vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza. Di sicuro, pertanto, la previsione del Trattato, al pari delle altre norme a tutela della concorrenza (comunitarie e nazionali), può considerarsi una tra le "disposizioni di legge vigente" (peraltro di rango superiore) richiamate dalla norma del Decreto Sviluppo e la cui violazione può determinare l'esclusione dalla gara.

Tale assunto appare confortato anche dal punto di vista sistematico, se si considera che anche l'art. 4, comma 1, lett. d) del D.L. 13 agosto 2011 n. 138 (convertito in legge 15 settembre 2011 n. 148, in GU n° 216 del 16 settembre 2011) consente alle stazioni appaltanti, in tema di servizi pubblici locali, di escludere le "forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento"⁵.

La norma può considerarsi un perfezionamento dell'orientamento proposto da quest'Autorità alle stazioni appaltanti. La possibilità di escludere i raggruppamenti deve fondarsi, infatti, sulla contemporanea convergenza di elementi di carattere formale (il possesso dei requisiti) e sostanziale (le concrete potenzialità anticoncorrenziali del raggruppamento) la cui verifica è previamente operata dalla stazione appaltante.

Benché tale disposizione sia stata proposta per i soli servizi pubblici locali, la mancata estensione della ratio ad essa sottesa a tutti gli appalti pubblici appare contraria ai principi che informano l'ordinamento giuridico, e, in particolare, a quelli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea: la norma, come già evidenziato, è espressione di un principio immanente e direttamente riconducibile all'applicazione delle disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea⁶.

Tanto premesso, può ragionevolmente ritenersi che la facoltà di una stazione appaltante di escludere dalla gara i raggruppamenti che presentino connotazioni tali da apparire, anche prima facie, palesemente anticoncorrenziali non solo non sia preclusa dalla citata previsione di cui all'art. 46, comma 1-bis, del CCP, ma anzi, esplicitamente ammessa da questo attraverso il rinvio alla possibilità di escludere i candidati che non adempiano alle prescrizioni previste "da altre disposizioni di legge vigenti".

Quanto all'inserimento di una clausola esplicita di esclusione nel bando di gara, l'esperienza maturata dall'Autorità e le recenti modifiche normative suggeriscono l'adozione di un approccio più dinamico rispetto a quanto già suggerito in passato alle stazioni appaltanti. La possibilità di escludere i raggruppamenti temporanei a seguito di un'analisi che tenga conto della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché di qualsiasi altro elemento da cui possa desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, appare sicuramente più aderente alla ratio dell'art. 101 del Trattato e all'esigenza di tutelare gli acquisti pubblici dalle inefficienze ricollegabili a possibili comportamenti collusivi delle imprese.

Quanto alla modifica dell'art. 81 del CCP, che disciplina i criteri per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è ragionevole ritenere che l'intenzione del legislatore sia stata quella di estendere le garanzie dei lavoratori, anticipando le forme di tutela già previste ex post sulla verifica della congruità delle offerte, rendendo "irrilevante" ai fini della valutazione dell'offerta la voce relativa al costo del lavoro, sempre che questo sia inteso quale costo orario unitario come definito dai Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro di settore. Solo in tale ottica, infatti, la norma contribuirebbe ulteriormente a scoraggiare, ab initio, la presentazione di offerte suscettibili di celare, pertanto, fenomeni legati all'utilizzo del lavoro irregolare.

Se per costo del personale, infatti, si debba intendere la somma complessiva dei corrispettivi pagati per l'utilizzo del personale per eseguire una prestazione ovvero il costo orario del personale quale definito dalla contrattazione collettiva non è irrilevante dal punto di vista concorrenziale.

Il costo "complessivo" del personale può rappresentare un fattore chiave di competizione tra le diverse imprese che, pur allo stesso costo orario stabilito dai CCNL, devono poter competere contando sulle efficienze derivanti da una diversa organizzazione produttiva.

Sotto altro profilo, appare altresì necessario evitare che il nuovo art. 81, comma 3-bis, richiamando i minimi salariali oggetto di contrattazione tra le associazioni di categoria "più rappresentative sul piano nazionale", abbia l'effetto di "appiattare" il costo del fattore lavoro per tutti i potenziali competitor su livelli predeterminati nei contratti aziendali delle principali imprese attive sui diversi mercati. L'Autorità ha evidenziato più di una volta⁷ le possibili distorsioni ricollegabili ai casi in cui il legislatore imponga l'adozione di un determinato tipo di CCNL, osservando che una tale scelta appare più appropriata per i soli aspetti del contratto che producono effetti sulla sicurezza del lavoratore, piuttosto che anche su quelli meramente economici. Una disposizione normativa di tal genere è suscettibile, infatti, di ridurre la concorrenza costituendo una barriera all'entrata per i nuovi entranti ovvero innalzando i costi degli operatori già presenti che adottano un contratto di lavoro diverso.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26, Legge 287/90.

1 Nei casi I193-Assicurazione Rischi comune di Milano, I463-Pellegrini/Consip, I657- Aziende di Trasporto Pubblico locale e, da ultimo, nel caso I729 – Gara d'appalto per le apparecchiature per la risonanza magnetica. _

2 Il diritto comunitario esprime un chiaro favor per la partecipazione alla gare di appalto di soggetti complessi, in ragione della loro funzione "antimonopolistica", consentendo essi un ampliamento della dinamica concorrenziale e favorendo l'ingresso sul mercato di imprese di minori dimensioni o specializzate in particolari settori produttivi. _

3 Già a partire dalla segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003 e in successivi interventi (per esempio, i numerosi pareri rilasciati alla Concessionaria per gli appalti di Servizi Pubblici – CONSIP). Sul punto, si osserva che, con ordinanza del 13 gennaio 2011 (e dunque precedente al Decreto Sviluppo), il Consiglio di Stato sez. VI ha rimesso all'esame dell'adunanza plenaria, inter alia, la questione se se sia il caso di introdurre un divieto generalizzato (pur in difetto di espressa previsione nell'art. 38 CCP) di costituire ex ante una a.t.i. "a prescindere da ogni esigenza reale rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara", ovvero "di riconoscere in capo alla stazione appaltante il potere di escludere dalla gara un'a.t.i. sovrabbondante che costituisca un palese artificio in danno della concorrenza, eventualmente previa espressa previsione in tal senso nel bando di gara". _

4 Il fatto che due o più imprese singolarmente in possesso dei requisiti tecnico-dimensionali richiesti dal bando decidano di costituire un raggruppamento in vista della partecipazione alla gara, infatti, non costituisce la prova ma tutt'al più un indizio della possibile volontà anticoncorrenziale dei soggetti coinvolti. Le motivazioni per così dire "virtuose" di un'aggregazione tra grandi imprese possono, infatti, essere molteplici e fondate sulle possibili sinergie derivanti dalla diversa specializzazione per segmenti delle imprese attive negli stessi mercati ovvero, più semplicemente, sull'esigenza di assicurare una più razionale diversificazione del rischio industriale.

5 La norma da ultimo citata ripropone pedissequamente quanto già previsto dall'art. 2, lett. a) del D.P.R. 168/2010, adottato in attuazione del comma 10 dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 e, insieme a quest'ultimo, travolto dai risultati dell'ultimo referendum abrogativo.

6 La recente riproposizione di tale norma è, infatti, indice di uno spiccato favor del legislatore verso forme di tutela ex ante degli appalti pubblici dai rischi ricollegabili alla possibile violazione delle norme a tutela della concorrenza. Pur volendo ragionare in termini di coerenza interna dell'ordinamento va considerato che un contratto per la gestione di servizi pubblici locali, a seconda dei diversi diritti e obblighi posti a carico della stazione appaltante e del soggetto aggiudicatario, può assumere tanto la forma di una concessione di servizi che di un appalto di servizi pubblici locali. Un'interpretazione restrittiva dell'art. 41, comma 1-bis del CCP, introdotto dal Decreto Sviluppo, lascerebbe alla stazione appaltante la possibilità di inserire o meno tale clausola di esclusione, a seconda del modello contrattuale prescelto (e della conseguente distribuzione del rischio industriale, sul modello gross cost o net cost) per la gestione del servizio pubblico locale.

7 Nelle segnalazioni AS1339 e AS424 aventi entrambe ad oggetto una disposizione di legge introdotta nel settore del trasporto ferroviario.